

# 法定地上権制度を考える（その1）

## — 自己借地権制度を視野に入れて —

松 田 佳 久

### 目 次

- I はじめに
- II 自己借地権制度と借地借家法 15 条創設の経緯
- III 各種立法案の検討と是非

### I はじめに

担保法の改正の中で、法定地上権制度につき適正に規定するには、かならずしも条文からははっきりしない多くの問題点について、複雑に展開した判例のリステイトメントを行う必要がある。しかし、そのためにはかなりの条文数を必要とし、結論的には、わかりやすく提示することは困難だろうと予想され、<sup>1)</sup>立法論としては複雑多数の条文数になることを避け、国民にとってわかりやすいものとするために、担保法改正委員会（以下、委員会という）は、敷地利用権の付かない建物だけが抵当権の対象となることはないという現実を踏まえて、土地建物が同一所有者に帰属する場合には、建物だけを抵当権の目的となしえないという原則を提案している。この提案により数々の解釈論上の難問を生み出してきた法定地上権制度は不要になるとする。そして、数十年後においては<sup>2)</sup>欧米と同様の土地建物の一体化を志向するものとなる。また、土地と建物を別<sup>3)</sup>

---

1) 担保法改正委員会「抵当権法改正中間試案の公表（民法改正試案 vol. I）III 試案の解説 I — 民法」〔道垣内弘人〕ジュリ 1228（2002）215-216。

2) 委員会〔内田貴〕・前掲注（1）184。

3) わが国が欧米とは異なり、土地と建物とが別個の不動産とされることとなった経緯については、瀬川信久『不動産附合法の研究』10-17 頁（有斐閣、1986）参照。また、わが

個に抵当権の目的とする場合には、自己借地権を設定できるとする。いわゆる、自己借地権の拡張である。

そもそも法定地上権制度は、建物保護という国民経済的利益が説かれていながら、近時発展している判例法理においては、いかにして抵当権者に不測の損害を及ぼさないか、が基準となっており、建物保護は背後に退いてしまっている<sup>4)</sup>ことからしても、法定地上権制度の存続も含めて再構成する必要がある。

一方、自己借地権は必要であるが、法定地上権制度の存続を主張する見解もある<sup>5)</sup>。

法定地上権は、以前より解釈論上の問題が多く提起されてきたことは事実であるが、現在では、判例によって、比較的安定した解釈論が確立されており、問題が減少しているとも指摘される。<sup>6)</sup>そこで、本稿では、他の者と共にするという制限をなくした自己借地権を容認する様々な立法論は、はたして抵当権者にとって従来の法定地上権制度の下でのこれまでどおりの効果をもたらせるのか。立法論を導入したもの、従来の制度を立法論に合わせるにあたって、さまざまな混乱が想定されるが、そのような混乱が想定されても立法論を導入すべきなのか、あるいは法定地上権制度をこのまま維持するのがよいのか、などについて検討する。

---

国の建物の独立性の觀念の由来を詳述するものとして、柳沢秀吉「土地と建物の法律関係」『名城大学創立三十周年記念論文集 法学篇』105頁以下（法律文化社、1978）、同「土地と建物の法律関係（承前、二）」名城27・1＝2（1978）37以下、同「土地と建物の法律関係（承前、三）」名城27・3＝4（1978）135以下がある。土地と建物とは別個の不動産であることが決定されたのは、民法起草過程における第2回民法整理会（明治27年12月21日）の採決による（前田泰「民法起草過程における「別段ノ定」等に関する議論の整理（上）——強行法・任意法の視点から——」群馬大学社会情報学部研究論集27（2020）122-124）が、その採決は土地と建物とを一体とみる起草者の考えに影響していないことがわかる後日談がある（前田・前掲124（注38））。

4) 委員会〔道垣内〕・前掲注（1）216。

5) 加賀山茂『現代民法 担保法』507-556頁以下（信山社、2009）。

6) 鎌田薫「第一部 担保法理の到達点（3）抵当権（その二）」椿寿夫編「担保法理の現状と課題」別冊NBL31・35（1995）、委員会〔道垣内〕・前掲注（1）215。

## Ⅱ 自己借地権制度と借地借家法 15 条創設の経緯

### 1. 制限のない自己借地権制度創設の意義

法定地上権制度を廃止する立法案にあつては、法定地上権の代わりとなりうる制度として制限のない自己借地権制度の創設が必要となる。自己借地権は借地借家法 15 条に規定されているが、他の者と共に準共有する場合でなければ、設定することができないという制限が課されている。「他の者と共に有する」との制限をなくすことにより、自己借地権の自由な設定が可能になる。

しかし、そもそも、自己借地権を自由に設定できるようにした場合、わが国の現在の状況と同様、土地と地上建物とを別人所有にすることが容易にできることになり、欧米と同様の土地建物の一体化を目指すとしても、土地と地上建物の分断状態が多々生じ、一体化の意義が削がれるのではないだろうか。欧米では、土地と地上建物とが分断することは例外的なことであり、事案数として<sup>7)</sup>も少ない。制限のない自己借地権制度の創設は、欧米と同様の土地建物一体化の導入と逆行しているといえよう。

そのような状況下で、委員会が、あえて制限のない自己借地権制度の創設を望むのは、現在の法定地上権制度に致命的な欠陥があるからであり、制限のない自己借地権制度によってその欠陥を補う必要があるからである。本稿で取り上げる「委員会案」は、土地建物の一体化志向の一つの過程として抵当権設定の場面にのみ土地建物の一体化を図る立法案ではあるが、制限のない自己借地権を取り入れる意義は、法定地上権制度の欠陥是正のためにのみある。この点を以下の検討から確認する。

### 2. 借地借家法に自己借地権制度を創設した経緯からみる法定地上権制度の欠陥と自己借地権の機能

ここでは、借地借家法に自己借地権制度が創設された経緯から見えてくるであろう法定地上権制度の欠陥とそれを補完する自己借地権の機能がどのようなものであるかを取り上げる。

---

7) 稲本洋之助「借地・借家制度比較概要」稲本洋之助＝望月礼二郎＝広渡清吾＝内田勝一編著『借地・借家制度の比較研究』4頁以下（東京大学出版会、1987）。

借地法・借家法に自己借地権制度を設けることを含む改正は、かつて2度試みられていて、昭和34年（1959年）と平成元年（1989年）に改正要綱試案が出されていたが、自己借地権制度の創設が実現したのは後者の平成元年であった。しかし、それは他の者と共に準共有する場合にだけ認められるという制限された自己借地権であった。

## （1）昭和34年借地借家法改正要綱試案

### ①改正が見送られた自己借地権

昭和34年の借地借家法改正要綱試案における借地借家法案要綱第1章借地権第24には、自己借地権が次のように定められていて、法定地上権制度を廃止することとされていた。<sup>8)</sup>すなわち、「土地所有者は、自己のためにも借地権を設定することができるものとする。この場合には、借地権の設定は、その登記によって効力を生ずるものとする。2 同一の土地につき所有権及び既登記の借地権が同一人に帰したときは、その借地権は、民法第179条第1項本文の規定にかかわらず、消滅しないものとする。3 土地所有者は、自己の有する借地権が他人の権利の目的である場合を除き、その借地権を消滅させることができるものとする。この場合には、借地権の消滅は、その登記によって効力を生ずるものとする」<sup>9)</sup>である。そして、これらは、借地借家法改正要綱にも同様に定められたが、自己借地権も含め、借地法および借家法の基本的な見直しは棚上げになった。自己借地権については、競売法・強制執行法の改正を待つという理由で、要綱からは落とされ、自己借地権の導入は見送られた。<sup>11)</sup>しかし、当時においては、今後一番最初に手を付けるべきであり、現実におそらく最初に手がつくだろうと評されていた。<sup>12)</sup>

8) 借地借家法施行法案要綱第1章民法等の改廃第1に、「民法の一部を次のように改正すること。…第388条 削除…」と定められていた（宇都宮充夫「借地借家法にみる自己借地権について」中央学院6・2（1993）3-4）。

9) 宇都宮・前掲注（8）3-4。

10) 宇都宮・前掲注（8）4-5。

11) 委員会〔道垣内〕・前掲注（1）216。

12) 我妻榮＝川島一郎＝広瀬武文＝古山宏＝有泉亨＝星野英一「座談会 借地・借家法の改正 ― 借地・借家法案要綱から落とされた問題点 ―」〔星野英一発言〕ジュリ297・68（1964）、委員会〔道垣内〕・前掲注（1）216-217。

## ②自己借地権が必要とされる理由

この時に考えられていた自己借地権は、制限のないものを一般的に認める考え方である。なぜ制限のない自己借地権が考えられたかという、法定地上権制度に問題があったからである。すなわち、法定地上権制度のもとでは、基本的条件は抵当権の実行ないし法定地上権の成立の段階で当事者が相談し、相談がととのわなければ裁判所が決めることとされている（民 388 後段）ことから、競落人等の当事者は地代の額や法定地上権がどの範囲に成立するかなど、法定地上権に関する重要で基本的内容が事前に得られないという問題があった。<sup>13)</sup>土地と地上建物の一方のみに抵当権を設定する場合にはあらかじめ自己借地権が設定できるのであれば、抵当権実行後の地代をはじめ敷地利用権の内容が明確となり、当事者の予測可能性が解消されることになる。<sup>14)</sup>このように、土地と地上建物の一方のみに抵当権を設定する場合にはあらかじめ自己借地権を設定しなければならないとの規定になっているのであれば、法定地上権制度は不要となる。

しかし、自己借地権を設定せずに土地と地上建物の一方のみに抵当権を設定する場合もあり得ることから、法定地上権制度を存置し、競売によって法定地上権が生ずる場合には、競売裁判所がその範囲・地代額等を明確に決めたうえで競売する案も考えられていた。<sup>15)</sup>

## 3. 平成元年借地法・借家法改正要綱試案

平成元年の借地法・借家法改正要綱試案には第1部借地法関係第4自己借地権及び借地権の担保化の個所に「一 自己借地権 1 土地所有者は、自己のために借地権を設定することができるものとする。2 同一の土地につき所有権及び借地権が同一人に帰した場合においても、その借地権に登記があるときは、その借地権は、消滅しないものとする。3 土地所有者は、その土地に登

---

13) 我妻ほか〔川島一郎発言〕・前掲注（12）66、田山輝明＝澤野順彦＝野崎正充編『別冊法学セミナー no.230 新基本法コンメンタール借地借家法』〔小賀野晶一〕92頁（日本評論社、2014）、内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物権』514頁（東京大学出版会、第4版、2020）。

14) 我妻ほか〔川島〕・前掲注（12）67、宇都宮・前掲注（8）25。

15) 我妻ほか〔川島〕・前掲注（12）67。

記されている自己のための借地権を消滅させることができるものとする。ただし、その借地権が第三者の権利の目的である場合には、この限りでないものとする。4 1の借地権の設定は、公正証書によってしなければ、その効力を生じないものとする。また、1の借地権の設定又は3の借地権の消滅は、登記をすることにより効力を生ずるものとする。5 1ないし4は、改正法の施行後に設定された借地権についてのみ適用するものとする。(注) 法定地上権の制度(民法第388条、民事施行法第81条)の廃止及び一括競売の規定(民法第389条)の改正は、行わない<sup>16)</sup>と定められていた。

上記のように「借地法・借家法改正要綱試案」に「土地所有者は、自己のために自己借地権を設定することができるものとする」と規定されていたにもかかわらず、法定地上権制度の廃止等が行われないことと注記されたのは、「自己借地権を設定せずに土地のみに抵当権を付した場合に、すべて抵当権の実行により建物を取去されてよい意思であつたと解してよいかは問題であるとの指摘があつた<sup>17)</sup>」からである。それでも、「法定地上権問題の解決にある程度まで役立つ<sup>18)</sup>」と認識されていた。

しかし、自己借地権は、借地借家法15条1項に、「借地権を設定する場合においては、他の者と共に有することとなるときに限り、借地権設定者が自らその借地権を有することを妨げない」と規定され、例外的に認められるにとどまり、一般的な自己借地権は認められないことになった。「借地権つき分譲マンション問題の解決」だけが念頭に置かれることになり、法定地上権制度の問題解決は先送りされたのである<sup>19)</sup>。

### Ⅲ 各種立法案の検討と是非

立法案としては、我妻榮博士が提唱する立法案<sup>20)</sup>(以下、「我妻案」という)、

---

16) 宇都宮・前掲注(8)7-8。

17) 法務省民事局参事官室「『借地法・借家法改正試案』の説明」NBL421(1989)38-39。

18) 岩城謙二「自己借地権」ジュリ1006(1992)80。

19) 委員会〔道垣内〕・前掲注(1)217。

20) 我妻榮『新訂担保物権法(民法講義Ⅲ)』350-351頁(岩波書店、1968)。我妻榮博士は、土地所有者が自己のために地上権・賃借権を設定することが認められるとするならば、

委員会が提唱する立法案（以下、「委員会案」という<sup>21)</sup>）、松岡久和教授が提唱する立法案（以下、「松岡案」というが、これには①から⑦までである<sup>22)</sup>）、滝川あおい氏が提唱する立法案（以下、滝川案<sup>23)</sup>）という）、加賀山茂教授が提唱する立法

---

法定地上権は必要なくなるとする（我妻・前掲 350-351 頁）。そして立法案としては、①建物はその敷地の所有権ないし利用権と一緒にしなければ処分することができない、②建物のある土地は、建物のために利用権を保留せずには処分しえない、③同一所有者に属する土地と建物の差押え・競売は一括してなされ、所有者がそれを避けようとするれば、競売手続中に自己借地権を設定すればよい、を提案している（我妻・前掲 351 頁、田山ほか〔小賀野〕・前掲注（13）94 頁）。

「委員会案」はこの「我妻案」を土台にしている。

なお、共有不動産については、「土地についての権利者と建物についての権利者の一方または双方が複数である場合には、たといその中に同一人が混っていても、それぞれ一体となって土地利用関係の主体となると考えることがむしろ合理的である。持分の上の抵当権と法定地上権についての問題なども、右に述べた考えが徹底しておれば生じないはずのものである」（我妻・前掲 362-363 頁）とし、後述する共有不動産と法定地上権との関係につき、共有団の考え方を提示する「委員会案」と同様の考えを示している。

21) 委員会・前掲注（1）181 以下。

22) 松岡久和『担保物権法』152-155 頁（日本評論社、2017）。

23) 滝川あおい「3 自己借地権制度導入の視点」松井宏興＝岡本詔治＝牛尾洋也編『借地借家法の新展開』99 頁以下（信山社、2004）。「滝川案」は、法定地上権の成立する類型および地上建物が一括競売の対象となる類型について、建物の存続保護のために自己借地権の設定を活用するものである。法定地上権の成立する類型においては法定地上権の代わりに設定され、地上建物が一括競売の対象となる類型においては地上建物が一括競売される代わりに自己借地権の設定によって建物の存続保護を図るものである。また、自己借地権の設定は義務ではないことから、設定しない場合には、法定地上権によって建物の存続保護を図るものである（滝川・前掲 134-135 頁）。したがって、自己借地権の設定がなされる可能性はあるものの、それ以外の点で、現行法との差異はない。

自己借地権の設定が法定地上権の成立の場合よりも優れているのは、地代や成立する範囲などの契約内容が登記される点で明示性があり、競落人の予測可能性が高まる点である。しかし、地上建物が一括競売の対象となる類型にあっては、自己借地権の設定は土地抵当権者の配当をかなりの程度減ずるという不利益を生ずることになるから、抵当権者は、債務者あるいは物上保証人である設定者による自己借地権の設定をさせないであろうし、設定をしようとした場合には、融資を断るなどの抵抗をするのではないだろうか。設定者は抵当権者よりも力関係で劣ることから、そのような抵抗に反してまで自己借地権を設定することはないであろう。

また、土地と地上建物に共同抵当の設定を受ける場合でも、抵当権者は、わざわざ土地抵当権の配当で不利になる可能性のある自己借地権の設定をさせないのではないだろう



案（以下、「加賀山案」という）があるが、本稿では、自己借地権制度を十分に機能させることにより、法定地上権制度をなくすものとしている「委員会案」、<sup>24)</sup>「松岡案③」および「松岡案④」<sup>25)</sup>の3案について検討する。<sup>26)</sup>

このように、自己借地権の設定を任意としたならば、土地抵当権のほとんどの事案で自己借地権は設定されないであろう。「滝川案」を有意義なものとするためには、自己借地権の設定において、ある程度の義務化が必要となろう。たとえば、土地抵当権設定にあつては事前に自己借地権を設定しなければならない、といった規定を設けるなどである。

24) 加賀山・前掲注（5）507-556頁。「加賀山案」は、自己借地権をも認めているが、現行の法定地上権制度の解釈を建物保護に重点を置くことにより、いずれの類型についても建物保護の目的を達しうるものとなっている。自己借地権制度は建物保護においてその必要性は何らなく、ただ単に一般的に建物利用において役立つのではないかという程度の認識で認めているにすぎない。なお、この説は、自己借地権の合理性、法定地上権の解釈論上の問題点（複雑性、当事者の予測可能性等を指摘）、法定地上権（法定賃借権）の必要性について検討し、法定地上権と自己借地権との両立を解くものと評されている（田山ほか〔小賀野〕・前掲注（13）94頁）。

25) 法定地上権制度が抱える問題点を解決する立法案としては、①制限のない自己借地権制度の導入、②一括競売制度の拡張、③土地建物の一体的処分の原則の導入、があるとされている（滝川・前掲注（23）103頁）。②については次の立法案が提唱されている。すなわち、田中克志「土地・建物の一体化と法定地上権・一括競売制度」法政研究（静岡大学）2・3＝4（1998）51-52〔土地と地上建物の一体化である共同抵当を原則形態と位置づけ、一括競売を土地と地上建物の一体化を図る手段とし、その義務性を説く。土地・地上建物の共同抵当においては、両者を一体として取り扱った抵当権者がいずれか一方の抵当権のみを実行したとしても建物について法定地上権は成立しないし、建物を取り壊され、再築された場合にも、再築建物について法定地上権は成立しない。再築建物について、民法389条の類推適用により、これを抵当権者が一括競売を義務づけられると解釈すべき]、松本恒雄「法定地上権制度の改正提案」ジュリ1218（2002）112以下〔一括競売を選択しない場合には、土地抵当権者は法定地上権を負担する]、吉田光碩「法定地上権に関する立法提言」ジュリ1218（2002）119〔一括競売を義務化する。法定地上権の成立は同一所有者の土地・建物の一方に抵当権を設定した場合に限定される。よって、土地・建物共同抵当の場合には、法定地上権は成立しないから、抵当権は一括競売を強制される]、である。いずれも一括競売制度の適用場面が生ずる類型のみを検討すればよく、本稿で設定したすべての類型を検討する必要はないことから、本稿では②については検討しないものとしている。

②の立法案が自己借地権を容認しない理由としては、土地建物共同抵当の場合に自己借地権の設定を求めることは技巧的すぎる（松本・前掲114）、法律が予定しても土地所有者が自分で借地権の設定を行う場合、内容の公正さが問題となる（吉田・前掲118）、



「委員会案」は、「Ⅰ はじめに」で述べたとおり、法定地上権制度は民法 388 条のわずか 1 か条しかなく、さまざま複雑な類型をこの条文を頼りに判断せざるを得ないといった予測の立たない状態を改善するだけではなく、欧米と同様の土地建物の一体化を志向する、その過程の途中段階として、土地抵当権が地上建物にその効力を及ぼすという拡張的機能を規定する点で、他の立法案に比し、特異性を有していることから、検討の必要がある。「松岡案」にはそのようなビジョンはなく、単に法定地上権制度の欠点を解消するための立法案である。

以上より、本文に挙げた以外の立法案もあると思われるが、検討するに有益であると思われる立法案については別稿にて検討するものとする。

---

欧米と同様の土地建物の一体化を志向する上で、制限のない自己借地権制度を導入することにより、土地と地上建物とが分断されることになる（自己借地権を認めることで所有者の意向で土地建物が一体となったり、別々になったりすることを認めることになる（内田貴＝大村敦志＝角紀代恵＝道垣内弘人＝中田裕康＝安永正昭＝山本和彦「特別座談会 担保法の改正に向けて（下）」〔角紀代恵発言〕ジュリ 1214（2001）42）、が挙げられている。

26) 「松岡案①」は、土地と建物を別個の不動産とする点を改め、建物をその他の土地の定着物と同様に原則として土地の一部とする改正である。この案は、土地と地上建物とを別個の不動産とする我が国の法制度とは全く異なり、実現には相当の期間とかなりの範囲における改正と変更が必要となることから、現時点では実現は検討した立法案の中で最も難しいものと思われる。この点は松岡教授も指摘しているとおりでである（松岡・前掲注（22）153 頁）。

「松岡案②」は、土地と建物が別個の不動産であるという制度を維持し、それらの上の権利が同一人に帰属するときには、原則として一体として処分しなければならない、というものである。

「松岡案⑤」は、案②に案③を加えたものであり、本稿が取り上げる後述の類型（27 類型）に適用した場合であっても、「松岡案③」よりは土地と地上建物の一体性は若干図られるものの、「松岡案③」とほとんど同じ効果を得ることができるにすぎない。

「松岡案⑥」は、案②に案④を加えたものであるが、「松岡案④」よりは土地と地上建物の一体性は若干図られるものの、効果としては、「松岡案④」とほとんど同じである。

「松岡案⑦」は案②に案③と案④を加えたものであるが、「松岡案⑤」「松岡案⑥」とほぼ同じ効果となる。

なお、「松岡案③」および「松岡案④」の内容は、「2. 「松岡案」」に記載。

## — 各立法案 —

1. 「委員会案」<sup>27)</sup>

土地建物が同一所有者に帰属する場合には、建物だけを抵当権の目的となし得ないという原則として下記の各条項を提案している。そして、これは土地建物を一体化して捉える欧米の制度に近いものの、土地建物を別個の不動産とする日本法の伝統は維持しているとする。このような発想の転換の結果、数々の解釈論上の難問を生み出してきた法定地上権制度は不要となる<sup>28)</sup>とする。ここでは関連する立法条文を取り上げる。

## 〈立法案〉

## (抵当権の効力の及ぶ範囲)

第 370 条①土地の抵当権は、その土地の所有者が所有する地上の建物に及ぶ。

土地の所有者が所有する地上の建物は、土地とともにするのでなければ抵当権の目的とすることができない。ただし、その土地について地上権又は賃借権の設定があるときは、この限りでない。

## (民法第 370 条の適用除外)

建物区分所有法第 24 条の 2 第 22 条第 1 項本文の場合には、民法第 370 条の規定は、専有部分とその専有部分に係る敷地所有権には適用しない。

## (土地の抵当権)

不動産登記法 88 条の 2 (「委員会案」では条文番号が「不動産登記法第 117 条ノ 2」となっているが、現行法でいえば不動産登記法 88 条の 2 ということになろう) 土地に抵当権の設定の登記を行ったときは、その土地の所有者が所有する地上の建物の登記記録中相当区事項欄に当該土地の表示をしその土地に抵当権が設定されている旨を記載することを要する。

## (土地の差押えの効力)

民事執行法第 46 条の 2①土地の差押えの効力は、その土地の所有者が所有する地上の建物に及ぶ。

②土地の所有者が所有する地上の建物は、土地とともにするのでなければ、差

---

27) 委員会・前掲注 (1) 181 以下。

28) 委員会〔内田〕・前掲注 (1) 184。

し押さえることができない。

- ③前2項の規定は、その土地について地上権又は賃借権（第59条第2項に定めるものを除く。）の登記があるときは、適用しない。

（土地の差押え時の建物に係る登記嘱託）

民事執行法第48条の2①土地について強制競売の開始決定がされたときは、裁判所書記官は、直ちに、その土地の所有者が有する地上の建物についても、その開始決定に係る差押えの登記を嘱託しなければならない。ただし、第46条の2第3項に規定する場合は、この限りでない。

（一括売却）

民事執行法第61条①（略）

- ②第46条の2第1項に規定する場合においては、執行裁判所は、その土地と建物を一括して売却することを定めなければならない。

（超過売却となる場合の措置）

民事執行法第73条①数個の不動産を売却した場合において、あるものの買受けの申出の額で各債権者の債権及び執行費用の全部を弁済することができる見込みがあるときは、執行裁判所は、他の不動産についての売却許可決定を留保しなければならない。ただし、その不動産が土地と地上の建物であり、かつ、その土地と建物の所有者が同一人であるときは、この限りでない。

第388条【法定地上権】 削除（ただし、借地借家法15条を、次のように改正する）

（自己借地権）

借地借家法第15条①土地所有者は、自己のために借地権を設定することができる。

- ②同一の土地につき所有権及び借地権が同一人に帰した場合においても、その借地権に登記があるときは、その借地権は、消滅しない。

- ③土地所有者は、その土地に設定されている自己のための借地権を消滅させることができる。ただし、その借地権が第三者の権利の目的である場合は、この限りでない。

- ④第1項の借地権の設定は、公正証書によってしなければ、その効力を生じない。また、第1項の借地権の設定又は第3項の借地権の消滅は、登記をする

ことによりその効力を生ずる。

#### 民事執行法第 81 条 削除

民事執行法第 62 条 1 項第 3 号 削除（「委員会案」では「民事執行法第 62 条第 3 号 削除」となっている）

（抵当地上の建物の競売）

第 389 条①抵当権の目的である土地又は建物の差押え、仮差押え又は仮処分は、第 370 条の規定によって抵当権の及ぶ物又は権利に及ぶ。

②土地に設定された抵当権が及んでいる建物については、土地とともにするのでなければ、差押え、仮差押え又は仮処分の目的とすることはできない。抵当権の効力の及ぶ物又は権利についても同様とする。

#### 〈趣旨〉

西欧諸国のように建物が土地に付合する制度は長期的には不可能ではないにしても、わが国では土地と建物とを別個の不動産であるとする前提で登記制度をはじめ諸制度が組み立てられていることから、短・中期的には不可能である。そこで、試案民法 370 条 1 項前段の規定を置いた。<sup>29)</sup>

試案不動産登記法第 88 条の 2 は、実体法上の権利関係を登記に反映させるための規定であり、建物の登記記録を閲覧するだけで拡張的効力の存在を知えることになる。なお、建物の登記記録になされる土地抵当権の登記は対抗要件としての意味は持たない。土地抵当権の地上建物への拡張的効力の対抗要件はあくまでも土地登記記録への土地抵当権の設定登記ということになろう。

自己借地権の設定は単独行為であり、かつ、登記が効力要件であり、さらに真正性を担保させるために公正証書によることにした。<sup>30)</sup>

賃料については、土地または建物の譲渡があり、他者間の借地契約となることを停止条件として定めることになり、不適切な場合は、新所有者が賃料増減額請求権（借地 11 条）を行使することになる。期間は、その定めがあっても、他者間の借地契約となった時から起算することになる。<sup>31)</sup>

---

29) 委員会〔大村敦志＝角紀代恵〕・前掲注（1）198。委員会では、これを土地抵当権の「建物への拡張的効力」と呼んでいる。

30) 委員会〔道垣内〕・前掲注（1）218。

31) 委員会〔道垣内〕・前掲注（1）219。

土地抵当権の効力が抵当土地所有者の所有にかかる建物に及ぶことにすると、平成15年改正前の民法389条（一括競売）の制度は不要となるとする。そして、試案389条にあるように、370条1項と関連付けると土地抵当権設定後に築造された第三者所有建物については土地とともに競売しえるということにはならない。第三者所有建物まで競売対象とすることには、憲法上の疑念を払拭できな<sup>32)</sup>いとする。

試案民事執行法第46条の2は、強制競売についても抵当権実行と同様の規律（土地の差押えの効力を建物にも及ぼし、建物の単独差押えを認めないという規律）が必要であるとの認識に立つものである。このような規定を置かず、土地の差押えの効力が建物に及ばないとすれば、強制競売との関係では法定地上権制度を残存させなければならなくなる。民法370条および389条の試案に基づ<sup>33)</sup>く改正だけではなく、确实そして明確に土地の差押えの効力を建物にも及ぼすこととするためには、民事執行法にも規定をすることが望ましいものと考えられ<sup>34)</sup>た。この点は自己地上権・自己賃借権の創設を主張する「我妻案」を実現している。

ところで、「委員会案」では、土地と建物とに持分を有する者が自己借地権を設定するのでなければ団として考えることも示している。すなわち、土地と建物とが完全に同じ状態（同一人、同一持分割合）で共有されているときは、双方が同一人に所有されているとして扱い、土地と建物との所有関係に少しでも違いがあるときには、土地所有者（団）と建物所有者（団）との間に、建物所有のために何らかの合意がなされる必要があり、これをもって通常の場合における約定利用権<sup>35)</sup>に対応するものとして扱うのである。したがって、土地と地上

---

32) 委員会〔道垣内〕・前掲注（1）220。この点についてはその後の民法改正により389条は第三者所有建物であってもその土地利用権が抵当権に対抗できない場合には一括競売の対象となることに改正されたことから、委員会案も改正条文を前提とするならば、第三者所有建物であっても競売対象になし得るものと変更される可能性はありえる。

33) 委員会〔山本和彦〕・前掲注（1）248。

34) 委員会〔山本〕・前掲注（1）249。

35) 委員会〔道垣内〕・前掲注（1）219。同様の考えは、我妻博士も示している点は前述したとおりであり（我妻・前掲注（20）362-363頁）、内田・前掲注（13）526頁にも示されている。池田真朗＝吉本良一＝松本恒雄＝高橋眞著『マルチラテラル民法』62頁〔松

建物とで完全に同じ状態で共有されていない共有不動産類型に「委員会案」を適用するにあつては、試案 370 条 1 項は適用されないことになる。

## 2. 「松岡案」<sup>36)</sup>

「松岡案③」：建物とその敷地の両方を所有する者に自己借地権（地上権または賃借権）の設定と登記を認め、自己借地権を設定してからでなければ、土地または建物の一方のみに抵当権を設定できない<sup>37)</sup>。借地権の存在と内容を登記によって公示する。それによりすべての利害関係人にとって価値評価（土地抵当権は底地評価、建物抵当権は建物価格および敷地利用権価格の評価）が保障され、予測可能性が高まり、取引の安定に資する。また、借地権は所有者がその内容を自ら決定でき、登記により安定した対抗力を備える。これは法定地上権制度の廃止が視野に入っている。

「松岡案④」：抵当権設定時に土地上に建物が存在していれば、自己借地権がその直前に成立するものとし、その借地権の内容を通常行われているものとするように法定するか、借地非訟事件手続により一定の範囲内でその条件を確定する。この場合の自己借地権は、地上建物の借地人名義での登記によって対抗要件が具備されることになる（借借 10 I）。なお、「松岡案③」と同様、法定地上権制度の廃止が視野に入っている。

### —各類型と検討—

各立法案の比較検討にあつては、現行の法定地上権制度における判例の判断を実現できているかどうかを見ていくことにする。それというのも、法定地上権制度は、現在では、判例によって、比較的安定した解釈論が確立されており、問題が減少していると指摘されていることは前述したとおりである<sup>38)</sup>。立法案が現行の法定地上権制度におけるすべての判例の判断を実現するものであり、さ

---

本恒雄〕（有斐閣、2002）は、これを一体契約的アプローチと呼ぶ。

36) 松岡・前掲注（22）152-155 頁。

37) 「松岡案③」では、自己借地権を設定してからでなければ、土地または建物の一方のみに抵当権を設定できないとあるが、自己借地権には地上権と土地賃借権が含まれるわけであり、それを地上権のみに限定する、すなわち、自己地上権を設定してからでなければ土地または建物の一方のみに抵当権を設定できないとする立法案も提案されている（鈴木祿弥『物権法講義』267 頁（創文社、五訂版、2007））。

38) 委員会〔道垣内〕・前掲注（1）215。



らに制度が抱える問題点を解決できているのであれば、その立法案を採用し、改正するのが妥当ということになろう。そうではなく、単に現行の法定地上権制度と同様の内容を実現するにすぎない場合、すなわち、現状抱える問題点を解決するものではなく、単に現行の法定地上権制度におけると同様の効果を得られる立法案に置き換えられたにすぎないものである場合には、立法による新しい法的構成を実務的に適正に機能させるためにある程度の時間を必要とするし、適正に機能するまでの間、実務に混乱を来す可能性も大いにありえる。同じ法律効果の実現を図るためだけに不当な混乱をもたらすこのような改正は不要であるといえよう。そうであるならば、あえて改正する必要はないという結論もあり得るところである。

比較検討にあたっては、法定地上権に関する判例が提示するすべての類型を検討する必要があるが、それは、さまざまなテキストに一般に記載されている類型とし、それに加賀山教授<sup>39)</sup>がその著書において取り上げている類型を補足するものとする。

ところで、法定地上権成立要件としては、抵当権設定当時、土地の上に建物が存すること（要件1）、抵当権設定当時、土地と地上建物とが同一所有者に帰属すること（要件2）、競売の結果、土地と地上建物とが別個の所有者の所有に帰すること（要件3）である。要件1および2を充足しさえすれば法定地上権は潜在化し、抵当権者にとってもっとも関心のある、競売における配当にあっては、法定地上権が成立したものとして配当がなされる。すなわち、土地抵当権者には法定地上権負担付きでの配当であり、建物抵当権者には法定地上権付

---

39) 加賀山・前掲注（5）524頁表70。なお、加賀山教授が一覧表に記載している事案のうち、「抵当権設定時に同一所有者型」で、「登記名義同一人、実質別人」のうちの「抵当物件の名義同一人」類型については検討しないものとする。この類型は、実質別人の所有でありながら、土地および地上建物の登記名義が同一人であり、土地もしくは地上建物に抵当権の設定登記をする事案である。所有者が登記名義人とは別人でありながら、当該別人が抵当権を有効に設定登記することを事案として想定できないことから、検討事案から外すものとした。

また、「抵当権実行時に同一所有者型」で、「登記名義別人、実質同一人」のうちの「抵当物件の名義前主」類型についても検討しないものとする。前主名義でありながら、抵当権が有効に設定登記されることが事案として想定できないからである。

きの配当ということになる。そのため、法定地上権の成否に疑義の生ずる事案に対する判例の判断は要件1および2に集中している。よって、検討すべきは要件1および2につき判例が判断をした類型ということになる（判例は存在しないが、合理的に考えられる類型についても検討する）。

## 1. 検 討

### (1) 基本形

基本形は、要件1及び2を充足する基本的な類型である。したがって、現行法においては法定地上権が成立する類型である。

#### ① 地上建物だけに抵当権が設定された場合（土地および地上建物の所有者はAで単独所有、建物抵当権者はB）（A－1類型）

「委員会案」：土地の所有者が所有する地上建物は、土地とともにするのでなければ抵当権の目的とすることができない（試案370 I 2文）。しかし、建物のみに抵当権が設定されているということは、その土地について自己借地権が設定されているということになる（試案借借15 I）。すでに自己借地権の設定登記がされているとするならば、建物抵当権が実行され、Cが競落すると、自己借地権は他者間の借地権となり、停止条件が成就して地代の支払義務が発生することになる。

「松岡案③」：地上建物のみに抵当権が設定されたということは、自己借地権が設定登記されているということになる。

「松岡案④」：建物抵当権設定の直前に自己借地権が法定されている類型ということになる。

#### ② 土地だけに抵当権が設定された場合（土地および地上建物の所有者はAで単独所有、土地抵当権者はB）（A－2類型）

「委員会案」：試案民法370条1項1文により、土地の抵当権は、その土地の所有者が所有する地上建物に及んでいらずであり、その旨は地上建物の登記記録中の相当区事項欄に当該土地の表示がされ、その土地に抵当権が設定されている旨が記載されているはずである。

しかし、試案不動産登記法88条の2の規定は、地上建物の登記記録中相当区事項欄への土地抵当権が設定されている旨の記載を登記官が職権で行う旨の規定ではないことから、建物登記記録に記載がされていない場合もあり得る。そ

うではあっても実体法たる試案民法 370 条 1 項 1 文が適用されることから、土地の抵当権の効力は地上建物に及んでいることに違いはない。現行法においては、法定地上権が成立することになるが、「委員会案」にあつてはそうはならず、土地とともに地上建物をも競売することになる。ただし、地上建物に土地抵当権の効力が及んでおり、土地とともに競売されたとしても、かならず土地と地上建物とを同一人が買い受けなければならないとの規定がない以上、可能性としてはかなり低いものの、それぞれ別の者による所有となることもありえる。その場合には建物が取去されてしまう可能性が出てくることになる。そのような場合にあっては、建物を保護するためとして法定地上権のような制度が必要となろう。

なお、自己借地権が設定登記されている場合には、土地抵当権の効力は地上建物には及ばない（試案民 370 I 但）。

「松岡案③」：土地だけに抵当権が設定されているということは、地上建物のために自己借地権が設定登記されているということになる。

「松岡案④」：土地抵当権設定の直前に自己借地権が成立している類型ということになる。

(2) 抵当権設定当時、土地の上に建物が存すること（現行民法における法定地上権成立要件 1）関連類型

① 更地に 1 番抵当権が設定された後に建物が建築され、その後土地に 2 番抵当権が設定され、2 番抵当権により競売された場合（B－1 類型）

「現行法」：この事案は、1 番抵当権設定時には法定地上権成立要件を満たしていないが、2 番抵当権設定時にはそれを満たしている類型である。1 番抵当権設定時で要件具備を判断することから、法定地上権は成立しないことになる（大判昭 11・12・15 民集 15・2212、最一小判昭 44・2・27 判時 552・45、最一小判昭 47・11・2 判時 690・42）。

「委員会案」：土地抵当権は後に建築された地上建物にその効力を及ぼすことになる（試案民 370 I 1 文）。

「松岡案③」：土地にのみ 2 番抵当権が設定されたということは、更地に 1 番抵当権が設定された後に建築された地上建物のために自己借地権が設定登記されたということであるが、当該自己借地権は 1 番抵当権には対抗できない。抵

当権の実行にあつては地上建物は一括競売の対象となる（民 389 I）。

「松岡案④」：2 番抵当権設定直前に自己借地権が成立するが、当該自己借地権は 1 番抵当権に対抗できない。よつて、「松岡案③」と同様になる。

② 建物の建築が開始され、土地抵当権者が法定地上権は成立したものととして土地抵当権の評価の基礎とした場合（B－2 類型）

「現行法」：建築着手により建物の建築されることが外形上明白となつており、しかも土地抵当権者が建物の存在を前提として担保評価をしていることから、法定地上権の成立は容認される（最二小判昭 36・2・10 民集 15・2・219（傍論））。

「委員会案」：土地抵当権者がどのように担保評価をしようとも、土地抵当権の効力は建築された地上建物に及ぶ（試案民 370 I 1 文）。

「松岡案③」：この類型のように土地にのみ抵当権が設定される場合がありうる。抵当権の実行により建築された地上建物は一括競売（民 389 I）の対象になる。自己借地権が利用されない類型である。

「松岡案④」：この類型で土地抵当権者がどのように担保評価をしようとも抵当権設定にあつて自己借地権は成立しない。「松岡案③」と同様の効果になる。

### ③ 地上建物の再築の場合

抵当権が設定されている土地上の建物を取り壊され、新建物が再築された場合である。この類型には次の 2 類型がある。

#### A. 再築された建物が旧建物と同一性を有している場合（B－3 類型）

「現行法」：旧建物を基準として法定地上権が成立する（大判昭 10・8・10 民集 14・1549）。また、新建物が堅固のものであつても、抵当権者が堅固建物が再築されることを予定して担保価値を算定していた場合には、新建物を基準として法定地上権が発生する（最三小判昭 52・10・11 民集 31・6・785）。ただし、この区分は借地借家法（新法）施行前の旧法の適用される事案において意味があり、新法適用事案にあつては意味がない。

「委員会案」：土地所有者と同一人が建物を再築した場合には土地抵当権の効力が当該建物に及ぶことになる（試案民 370 I 1 文）。

「松岡案③」：地上建物を取り壊される前は、土地のみに抵当権が設定されていることから、自己借地権が設定登記されている事案である。地上建物が取壊

され、再築されても土地抵当権の実行にあっては自己借地権負担付として底地価格での配当になる。

「松岡案④」：地上建物が取り壊される前は、土地抵当権設定において地上建物が存することから、自己借地権が法定されている事案である。その後、地上建物が取壊され、再築されても土地抵当権の実行にあっては自己借地権負担付として底地価格での配当になる（「松岡案③」と同じ）。

B. 建物滅失後に抵当土地を第三者に賃貸し、第三者が建物を再築した場合（土地抵当権者は再築建物に抵当権の設定を受けない）（B－4類型）

「現行法」：抵当権設定者である土地所有者が妻（第三者）に家屋を再築させ、自らも妻とともに当該家屋に居住する事案で、法定地上権の成立が認められている（大判昭13・5・25民集17・1100）。

「委員会案」：現行法では法定地上権の成立を肯定し、地上建物が保護されるのに対し、「委員会案」では、第三者が土地利用権を設定した上で、建物を再築した場合、当該土地利用権は土地抵当権に対抗できない。本来であれば、一括競売の対象となるが、「委員会案」では、第三者所有建物まで競売対象とすることは、憲法上の疑念があり、そのような一括競売は認め得ないとしている。よって、現行法とは異なり、当該第三者は建物を取去し、土地を明渡すことになってしまう（現行法では、地上建物たる第三者所有建物をも一括競売の対象としうる（民389I））。

「松岡案③」：地上建物が取り壊される前は、土地のみに抵当権が設定されていることから、自己借地権が設定登記されている類型である（その後さらに第三者のために土地賃借権を設定する必要はないし、設定したとしても土地抵当権者には対抗できない。したがって、第三者は土地抵当権者に対抗できる当初自己借地権であった土地利用権を土地抵当権者に主張することになるであろう）。地上建物が取壊され、第三者が再築しても土地抵当権の実行にあっては当該第三者が承継取得した借地権の負担付として底地価格での配当になる。

---

40) 委員会〔道垣内〕・前掲注（1）220。この点については、一括競売の規定が第三者所有建物であってもその対象となる旨に改正されたことから、改正前に出された委員会案が第三者所有建物をも一括競売の対象とする方向に修正される可能性があることは脚注（32）で述べているところである。

「松岡案④」：地上建物が取り壊される前は、土地抵当権設定時において地上建物が存することから、自己借地権が法定されている類型である。第三者は（当初自己借地権であった）借地権付きの再築建物を所有することになる（「松岡案③」と同じ）。

④ 土地および地上建物に共同抵当が設定され、建物が再築された場合  
A. 再築建物に土地抵当権と同一順位の抵当権が設定されなかった場合（B－5類型）

「現行法」：「所有者が土地及び地上建物に共同抵当権を設定した後、右建物が取り壊され、右土地上に新たに建物が建築された場合には、新建物の所有者が土地の所有者と同一であり、かつ、新建物が建築された時点での土地の抵当権者が新建物について土地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けたとき等特段の事情のない限り、新建物のために法定地上権は成立しないと解するのが相当である」とする。その理由として、「土地及び地上建物に共同抵当権が設定された場合、抵当権者は土地及び建物全体の担保価値を把握しているから、抵当権の設定された建物が存続する限りは当該建物のために法定地上権が成立することを許容するが、建物が取り壊されたときは土地について法定地上権の制約のない更地としての担保価値を把握しようとするのが、抵当権設定当事者の合理的意思」であるとする。この抵当権設定当事者の合理的意思は建物保護という公益的要請よりも重視される（最三小判平9・2・14民集51・2・375）とする。

「委員会案」：土地抵当権の効力が再築建物に及ぶ。第三者が再築した場合には、当該第三者の有する土地利用権は土地抵当権に対抗できず、当該第三者は建物取去・土地明渡しを余儀なくされる。<sup>41)</sup>ところで、「委員会案」では、建物にも抵当権の設定を受け、土地抵当権との共同抵当としなくても、土地抵当権の設定を受けただけで抵当権の設定のない地上建物との共同抵当が成立することになる（試案民370 I 1文）。

「松岡案③」：この類型では土地のみに抵当権が設定されている状態となる。土地抵当権の効力は再築建物には及ばないが、一括競売の対象にはなり得る（民

---

41) 委員会〔道垣内〕・前掲注（1）218。



389)。このとき、配当は更地価格を前提とした土地価格のみからということになる。もちろん再築建物に土地抵当権者が抵当権の設定を受けた場合はいずれの抵当権をも実行できる。建物抵当権を実行した場合は、地上建物からも配当を得ることになる。

「松岡案④」：当初、土地抵当権設定時に地上建物が存したことから、自己借地権が法定される。再築建物は自己借地権付となる。この類型では、「松岡案③」とは異なる結果となる。

#### B. 再築建物に抵当権が設定される前に優先債権が存在する場合（B－6類型）

「現行法」：この類型は、当初、土地と旧建物に共同抵当権が設定されていたが、地上建物が取壊され、新建物が建築されたものである。新建物に土地抵当権者のために第1順位の抵当権が設定され、土地抵当権との共同抵当とされたが、新建物に第1順位の抵当権が設定される前に租税債権（優先債権）が存在する事案である。判例は、「新建物の所有者が土地の所有者と同一であり、かつ、新建物が建築された時点での土地の抵当権者が新建物について土地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けた場合であっても、新建物に設定された抵当権の被担保債権に法律上優先する債権が存在するとき」は、前掲最三小判平9・2・14の示す特段の事情がある場合には当たらないとし、「新建物のために法定地上権が成立しないものと解」している（最一小判平9・6・5民集51・5・2116）。

「委員会案」：土地の所有者が所有する地上建物は、土地とともにするのでなければ、差押えができない（試案民執46の2Ⅱ）。租税債権における差押えも同様であり、土地とともに再築建物も差押えをすることになる。この場合、先順位の土地抵当権の建物への拡張的効力により、土地のみならず、建物についても先順位の土地抵当権が租税債権に優先することになる。この点は、現行法よりもかなり有利となる。

「松岡案③」：土地については土地抵当権が租税債権に優先し（更地価格を前提とした配当）、再築建物については租税債権が建物抵当権に優先する（建物価格のみを前提とした配当）。

「松岡案④」：当初、土地抵当権設定時に地上建物が存したことから、自己借地権が法定される。再築建物は自己借地権付となる。なお、土地については土

地抵当権が租税債権に優先し、建物については租税債権が建物抵当権に優先する。この類型では、「松岡案③」とは異なる結果となる。

(3) 抵当権設定当時、土地と地上建物とが同一所有者に帰属すること（現行民法における法定地上権成立要件2）関連類型

① 親族間で土地・建物を別々に所有する場合（土地に抵当権の設定あり）（C－1 類型）

「現行法」：土地が親名義、地上建物が子名義の場合など土地とその地上建物の所有名義人が異なっているが、その名義人同士は親族関係にある。現行法においては同一所有者が所有するものとは捉えていないようであり（東京高決昭31・7・13 下民集7・7・1837）、法定地上権は成立しない。

「委員会案」：親子間等においては、子が親から使用貸借等により土地を借り、地上建物を建築するケースが多いであろう。このとき、土地に抵当権の設定を受けても、土地抵当権の効力は子の所有する地上建物には及ばない（試案民370 I 1 文）。土地が譲渡されてしまうと、使用借権付建物は取去・土地明渡しを余儀なくされる可能性がある。この点は現行法も同様である。

「松岡案③」：土地抵当権設定時において土地と地上建物の所有者が異なることから、土地抵当権を実行しても地上建物は一緒に競売されることはない。このときの配当は約定利用権負担付きでのものとなる。もちろん土地に設定された約定利用権が土地抵当権に対抗できない場合は、一括競売の対象になる（民389）。

「松岡案④」：「松岡案③」と同様となる。

② 仮登記型

A. 土地に仮登記があり、その後地上建物に抵当権が設定された場合（C－2－1 類型）

「現行法」：この類型は、土地および地上建物の所有者Aが土地につきCと売買予約をし、Cのために所有権移転請求権保全の仮登記をした後、地上建物にBのために抵当権を設定登記したものである。最二小判昭41・1・21 民集20・1・42 によれば、当該地上建物の競落人Dは法定地上権を取得するが、当該仮登記に基づいて所有権移転の本登記を経たCに対しては、当該法定地上権をもって対抗できず、Dは競落した建物を取去し土地を明渡さなければならなくなる。

法定地上権の要件具備が本登記になることによって覆される。本登記の対抗力は遡及するとの考えに立っているともいえよう。しかし、前掲最二小判昭41・1・21事案におけるCの仮登記は担保仮登記であるから、Dは仮登記担保契約に関する法律（以下、仮登記担保法という）10条による法定賃借権を取得することになる。

これに対し、競売による売却前にCが本登記をした場合、建物所有者AはCとの間で約定利用権を設定するであろうから、Dは約定利用権付建物を取得することになると解されている。<sup>42)</sup> 約定利用権の設定がなされない場合は、Dは建物取去・土地明渡しを余儀なくされる場合があり得るが、Aは約定利用権の設定を拒否するようなCとの売買予約はしないであろうし、建物抵当権者Bも約定利用権の設定もなされない可能性のある建物に抵当権の設定をすることを望まないであろう。

担保仮登記の場合は、DはAが取得した法定賃借権を引き継ぐことになろう。「委員会案」：「委員会案」の下であっても、土地および地上建物の所有者Aが土地につきCと売買予約をし、Cのために所有権移転請求権保全の仮登記をすることはできよう。しかし、仮登記がなされていても土地と地上建物の所有者が同一人であるから地上建物のみに抵当権を設定することはできない（試案民370 I 1文）。設定する場合は、自己借地権の設定登記をすることが必要となろう。

「松岡案③」：地上建物にのみ抵当権を設定する場合は、自己借地権が設定登記されていることになる。仮登記が自己借地権の設定登記よりも前になされた場合は、後に本登記がなされると当該自己借地権をCに対抗できなくなるが、Cの仮登記が担保仮登記の場合は、Dは法定賃借権を取得できる。このとき、建物抵当権の実行よりもCの本登記が先になされた場合は、AもしくはDは約定利用権もしくは法定賃借権を取得する。

以上、いずれの場合も、自己借地権の設定登記が仮登記よりも先になされている場合は、AもしくはDは自己借地権をもってCに対抗でき、担保仮登記の場合は法定賃借権も取得することからいずれか一方を主張できる。

「松岡案④」：自己借地権は法定されるが、それは土地の仮登記後となる。競

---

42) 近江幸治『民法講義Ⅲ 担保物権』198頁（成文堂、第三版、2020）。

落人Dは、承継した自己借地権を本登記をしたCに対抗できない。しかし、担保仮登記の場合は、Dは法定賃借権を取得する。本登記が競売よりも先の場合、AもしくはDは（建物所有者AがCと設定契約をした）約定利用権または法定賃借権を取得することになる。

B. 建物に仮登記があり、その後土地に抵当権が設定された場合（C—2—2 類型）

「現行法」：この類型は、土地および地上建物の所有者Aが地上建物につきCと売買予約をし、Cのために所有権移転請求権保全の仮登記をした後、土地にBのために抵当権を設定登記したものである。仮登記時に仮登記権者CはAとの間で建物所有権取得を停止条件とする約定利用権の設定をし、仮登記しておくことが通常である。<sup>43)</sup> 抵当権が実行され、土地の競落人がDになった場合、地上建物所有者のために法定地上権が成立する。その後にCが本登記をすると、Cは、この法定地上権を主張するか、仮登記設定時に予約した約定利用権を主張することになる。<sup>44)</sup> 以上の結論は仮登記が仮登記担保であろうと通常の仮登記であろうと同様と解されている。<sup>45)</sup>

これに対し、先に本登記がなされた場合は、停止条件が成就し、Cが約定利用権を有することになる。Cはこの約定利用権をもって土地抵当権の実行における買受人Dに対抗できることになる。

「委員会案」：「委員会案」の下であっても、土地および地上建物の所有者Aが建物につきCと売買予約をし、Cのために所有権移転請求権保全の仮登記をすることはできよう。このとき、自己借地権の設定登記をした場合、その後に土地に抵当権が設定されても土地抵当権の効力は地上建物には及ばない（試案民370 I 但書）。土地抵当権が実行され、Dが買受人になり、続いて仮登記が本登記になったとしても、Cはこの自己借地権をもってDに対抗しえる。先に本登

---

43) 柚木馨＝高木多喜男『新版 注釈民法（9）物権（4）』589頁〔高木多喜男〕（有斐閣、改訂版、2015）。

44) 近江・前掲注（42）199頁、高木多喜男『担保物権法』196頁（有斐閣、第四版、2005）は、法定地上権は、約定利用権なき場合に備えた制度であるから、Cは約定利用権のみを取得すると解すべきだとする。

45) 近江・前掲注（42）199頁。

記がなされた場合でも、同様である。

これに対し、自己借地権ではなく、停止条件付約定利用権の設定（仮登記）の場合（「委員会案」）においてもこのような約定利用権の設定を否定するものではないであろう）、土地抵当権の効力は地上建物にも及ぶ。そして、抵当権が実行されると土地および地上建物が競売され、買受人Dは両者を取得することになる（土地と地上建物とで別々の買受人になることも可能性としてはありえる）。さらに地上建物の仮登記が本登記になると、仮登記の順位保全効により、Cが買受人D（あるいはそれ以外の者）に優先することになり、本登記と同時に停止条件が成就して生じた約定利用権をもってCは買受人Dに対抗し得ることになる。先に本登記がなされた場合でも、同様である。

また、「委員会案」にあっても、停止条件付約定利用権の設定をすることなく、地上建物のみに仮登記を設定することができるであろう。その場合は、仮登記を本登記にした地上建物所有者Cには何らの土地利用権もないことになる。よって、Cは土地買受人Dからの建物収去および土地明渡しに応じなければならない。先に本登記がなされた場合でも、同様である。

「松岡案③」：土地にのみ抵当権が設定されている類型であるから、自己借地権が設定登記されていることになる。抵当権実行後にCの本登記がなされるとCは約定利用権（当初自己借地権であった約定利用権もしくは停止条件が成就した約定利用権）をもって競落人Dに対抗できる。Cの本登記が先の場合も同様である。

「松岡案④」：土地抵当権設定直前に自己借地権が法定されており、「松岡案③」と同様となる。

